

A. I. Nº - 210425.0020/14-9
AUTUADO - AMBEV S. A.
AUTUANTE - JESNER ANDRADE BARBOSA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/11/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-03/15

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DIFERIMENTO DO IMPOSTO. NÃO ATENDIDAS AS CONDIÇÕES PARA A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. O contribuinte incluído no regime do Programa DESENVOLVE necessita de prévia habilitação para diferimento. Sem o atendimento da aludida condição, não há fruição do benefício do diferimento, indevidamente utilizado pelo sujeito passivo, que deveria recolher o tributo até o momento do despacho aduaneiro, conforme art. 332 do RICMS/2012. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/09/2014, refere-se à exigência de R\$405.688,17 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do referido imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado efetuou a importação de um Conjunto de Instrumentos e Aparelhos Óticos – Inspetores Eletrônicos de contorno e enchimento de recipientes e de caixas de papelão com garrafas cheias e vazias (NCM 9031.49.90) para o projeto de ampliação da empresa, no valor de R\$1.518.433,66, conforme descrito na DI nº 14/1629140-9, registrada em 26/08/2014, tendo ocorrido o desembaraço no mesmo dia, no Terminal Tecon, Porto de Salvador.

O contribuinte apresentou a DLME nº 201414680 para obtenção do visto sem comprovação do recolhimento do ICMS utilizando com tratamento tributário o benefício do diferimento, e como fundamento legal o Programa Desenvolve, Resolução nº 029/2007, retificada pela Resolução nº 172/2013, de 16/01/2014. Contudo, não foi apresentado o Certificado de Habilitação de Diferimento, documento necessário para fruição do benefício, segundo exigência contida no próprio Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, § 1º do art. 2º, e na Resolução do PROBAHIA, nos casos de implantação ou ampliação da planta de produção. Dessa forma, o recolhimento do ICMS deve ser efetuado no momento do desembaraço aduaneiro, conforme RICMS-BA/2012, art. 332, IV). Não foi constatado no Sistema da SEFAZ/BA o recolhimento do ICMS impostação por meio de DAE – Documento de Arrecadação Estadual.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 34 a 51 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada e faz um resumo dos fatos constantes na autuação fiscal. Apresenta o entendimento de que o auto de infração não deve prosperar em razão de que o autuado goza do benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações de bens destinados ao ativo fixo, nos termos da Resolução nº 172/2013, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, publicada no Diário Oficial de 16/01/2014, que habilitou o Contribuinte ao Programa. Também alega exorbitância da multa aplicada, correspondente a 60% do valor da suposta operação não tributada, afirmando que a mencionada multa é inadequada ao caso em apreço, e finda por configurar intuito confiscatório no lançamento perpetrado pela autoridade autuante.

Em relação aos fundamentos de mérito, alega que embora a autuação seja por ausência de recolhimento de ICMS, o limite da controvérsia gira em torno da obrigação de exibição prévia do Certificado de Habilitação no Programa para fins de fruição do benefício fiscal outorgado no âmbito do Programa DESENVOLVE.

Afirma que a premissa utilizada pela autoridade fiscal é equivocada, primeiro, em razão de que o autuado é beneficiário do Programa DESENVOLVE desde 2007, fazendo jus ao diferimento do recolhimento do ICMS na importação de bens para o ativo imobilizado; segundo, a ação fiscal extrapolou suas funções, invadindo a competência do Conselho Deliberativo do Programa, ao promover lançamento previsto exclusivamente para a hipótese de cancelamento da habilitação e, terceiro, porque a apresentação do apontado Certificado não consta como condição para obtenção do incentivo, razões pelas quais falece de legitimidade o lançamento fiscal por ausência do recolhimento de ICMS.

Reproduz o art. 286, inciso XXV do RICMS-BA/2012 e o art. 4º da Lei nº 7.980 de 12.12.2001, que instituiu o Programa DESENVOLVE. Diz que a sua habilitação no referido Programa foi concedida nos termos das Resoluções nº 155/2010 e nº 172/2013, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, em que consta incontroverso o direito ao incentivo fiscal com o diferimento do ICMS nas importações de bens destinados ao ativo fixo.

Observa que de acordo com a legislação colacionada, a apresentação de Certificado de Habilitação não consta como condição para fruição do benefício. O que se exige do contribuinte é sua habilitação perante o Conselho Deliberativo do Programa para que possa gozar do benefício, e não a exibição dessa habilitação, providência essa que poderia ter sido facilmente efetuada pela autoridade autuante com simples consulta em seus cadastros e sistemas internos.

Considerando as Resoluções nº 155/2010 e nº 172/2013 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o defendente entende que o requisito de habilitação prévia do contribuinte para fins de fruição do incentivo está devidamente atendido, não cabendo à autoridade fiscal impor a antecipação do recolhimento do tributo com base em obrigações acessórias não previstas na legislação.

Também alega que a exigência prevista no §1º do artigo 2º do Decreto nº 8.205/2002, fundamento fático para lavratura do auto, não representa a exigência de uma nova habilitação como faz entender o lançamento impugnado, pois, se assim o fosse, caracterizaria obrigação além dos limites fixados na lei instituidora do Programa, em clara violação ao artigo 99 do CTN.

Diz que, neste sentido, a previsão constante no referido §1º, art. 2º, do Decreto nº 8.205/2002, caracteriza-se como mero ato declaratório, necessário à ciência da SEFAZ/BA sobre a autorização outorgada, e que independe de aceitação prévia pela SEFAZ/BA. Afirmar que, não obstante essa função declaratória, o escopo da norma já foi devidamente atendido quando da concessão do benefício, eis que o próprio regulamento do Programa, em seus artigos 14 e 15, imputam ao Conselho Deliberativo informar à SEFAZ quanto ao deferimento do benefício:

Ante o cotejo de toda a estrutura normativa que envolve o Programa DESENVOLVE, alega que não poderia o auditor fiscal impor à empresa beneficiária de incentivo fiscal obrigações tributárias já supridas pelo próprio trâmite da concessão do benefício, em clara interpretação extensiva do decreto em desfavor do contribuinte, e desamparada de legalidade. Não bastasse todos os fundamentos jurídicos já expostos, afirma que a ação fiscal, ao exigir o pagamento integral e antecipado do ICMS na importação do ativo fixo, promoveu o cancelamento do benefício sem ter competência para tanto, uma vez que tal poder apenas é conferido ao Conselho Deliberativo nos termos do §2º do artigo 19 do Decreto nº 8.205/2002

Ressalta que além das questões de direito suplantadas, que revelam a ilegalidade da autuação, o Programa DESENVOLVE é instrumento de política de desenvolvimento para estimular a indústria local. Segundo a própria Lei instituidora, o objetivo do programa é *“fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda(...)”*.

Entende que todos esses efeitos previstos na norma restam comprometidos em casos como a autuação presente, em que a tributação antecipada sobre aquisição de bens a serem integrados ao ativo fixo desestimula o incremento do parque fabril e, consecutivamente, o desenvolvimento tecnológico, criação de empregos e aumento da produção. Seja pelo objetivo da norma, seja pela literal disposição dos preceitos nela encampados, afirma que a não exibição do Certificado de Habilitação não é causa de suspensão do benefício, a fim de ensejar a antecipação total do recolhimento do ICMS. Ao contrário, a referida habilitação é pública e notória, pois publicada em Diário Oficial do Estado, e comunicada previamente à Sefaz pelo próprio Comitê Gestor. Por essas razões, diz que a única conclusão, é a declaração de improcedência do Auto de Infração.

Diz que o autuante, ao analisar a Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira Sem Comprovação do Recolhimento de ICMS (GLME), teria constatado que não foi apresentado o Certificado de Habilitação ao Diferimento. A partir dessa premissa, presumiu que o impugnante não estaria habilitado no Programa DESENVOLVE, e que, portanto, teria promovido o desembaraço aduaneiro sem o devido recolhimento prévio do ICMS, tendo efetuado, por tal razão, o lançamento do imposto e a aplicação da penalidade de 60%.

Alega que tal julgamento está eivado de nulidade, porque o impugnante goza do benefício ao diferimento de ICMS requerido por meio da GLME. Frisa que autoridade fiscal sequer teve o cuidado de tentar analisar nos sistemas próprios da entidade fazendária para apurar se o contribuinte detém ou não o direito ao diferimento do ICMS na importação de bens do ativo fixo, até porque, se o fizesse, verificaria a regularidade do requerimento constante da GLME, e não lavraria o auto de infração impugnado.

Entende que a autoridade apenas poderia lançar o imposto caso tivesse comprovado que o impugnante não fazia jus ao benefício, portanto, não se admitindo presunção (de qualquer tipo em função dos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributárias). Sobre a presunção no lançamento tributário, reproduz ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo.

Afirma que se revela de todo frágil a conclusão extraída pelo fiscal em seu auto de infração no sentido de que a mera não apresentação do Certificado de Habilitação demonstraria a exigibilidade da integralidade do crédito tributário. Entende que a exigência do ICMS em casos como o presente, é totalmente refratária ao ordenamento jurídico, representando verdadeiro confisco tributário constitucionalmente vedado (art. 150, IV, da CF), por desfalcamento do patrimônio da Impugnante fundado em mera presunção.

Por fim, alega que não se pode perder de mira que o ônus da prova quanto aos fatos geradores da exação tributária em casos como este compete única e exclusivamente ao Fisco, a teor do que dispõe o art. 142, do CTN. Sobre a matéria, transcreve ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho e Susy Gomes Hoffmann. Conclui que não há dúvidas quanto à ilegalidade da imposição ora combatida, que deve ser anulada de pronto.

Em relação à multa exigida, alega que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Diz que em casos como tais, os administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita como exemplo, aresto proferido pelo CARF. Alega que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Salienta que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares

similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proporcionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco.

Informa que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra à esfera do confisco. Cita como exemplo acórdão proferido pela Corte Excelsa na ADI 1075.

Também destaca julgado em que o STF reitera o seu entendimento, para estipular o percentual de 25% como patamar razoável para a aplicação de multa tributária, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não-confisco. Diz que o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios. Conclui que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora. Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

O impugnante requer o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência da exigência fiscal porque inexistentes as irregularidades apontadas na autuação. Caso não seja acolhido o pleito anterior, requer a anulação da multa imposta, alegando falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%, conforme precedentes do STF. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de novos documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Requer, ainda, sejam as intimações feitas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 146 a 156 dos autos. Faz uma síntese das alegações defensivas e ressalta que de acordo com a descrição na inicial, o autuado importou 01 (um) equipamento ótico no valor aduaneiro R\$ 1.518.433,66 (um milhão, quinhentos e dezoito mil, quatrocentos e trinta e três reais e sessenta e seis centavos) conforme descrito na DI nº 14/1629140-9 registrada em 26/08/2014, tendo o desembaraço ocorrido no dia seguinte no terminal marítimo TECON no Porto de Salvador. No momento do desembaraço aduaneiro em 26/08/2014, não efetuou o recolhimento do ICMS, apresentando em seu lugar GLME, entendendo ter direito a abrigar-se no benefício fiscal do diferimento indicado no Programa Desenvolve.

Informa que a ação fiscal em comento teve início com a emissão do TAO nº 210425.0020/14-9 de 28/08/2014 que fundamentou o auto de infração lavrado para exigência do crédito tributário devido pela inobservância à legislação do ICMS do Estado da Bahia (art. 4º, IX, Lei 7.014/96), que prevê a ocorrência do fato gerador do ICMS na importação, para o momento do desembaraço aduaneiro da mercadoria ou bem.

Nesta operação de importação, o autuado não comprovou o recolhimento do ICMS, apresentando a GLME para obter exoneração do mencionado tributo estadual, indicando como tratamento tributário o benefício fiscal do diferimento e como fundamento legal, a Resolução Desenvolve nº 029/2007 retificada pela Resolução nº 172/2013. Contudo, o Certificado de Habilitação de Diferimento, exigido para fruição do benefício fiscal, não foi apresentado à fiscalização. Ressalta que o próprio regulamento do Programa Desenvolve em seu parágrafo primeiro do artigo segundo, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, orienta a observância às regras previstas no Regulamento do ICMS/BA, para a aplicação do diferimento tratado naquele diploma legal.

Entende que, considerar como mero ato declaratório a disposição expressa no parágrafo 1º, art. 2º do Decreto nº 8.205/2002 para arguir que foi exigido nova habilitação em inobservância aos limites fixados na lei instituidora do Programa Desenvolve e violação ao artigo 99 do CTN é uma extrapolção fantasiosa e incoerente.

Afirma que a interpretação do citado dispositivo regulamentar como uma instrução destinada a tão somente dar ciência sobre a autorização outorgada, com base no disposto nos artigos 14 e 15 do citado Regulamento e que tratam, respectivamente, da publicação no Diário Oficial e da comunicação à Secretaria da Fazenda do deferimento do pedido de dilação do prazo de pagamento do ICMS, implica em suplantar a função institucional da SEFAZ, reduzindo a sua importância reguladora e desprezando os seus controles gerenciais.

Diz que a alegação do autuado de que o Conselho Deliberativo do Desenvolve o considerou habilitado para operar no regime de diferimento, esbarra em algumas limitações. O entendimento é que o Conselho apenas recomenda a expedição do certificado de habilitação de diferimento. Desse modo, o contribuinte só poderá usufruir da dilação de prazo para o recolhimento do ICMS, após a concessão da habilitação de diferimento que é de competência inalienável da Secretaria da Fazenda.

Ressalta que a interpretação apressada de um dispositivo legal só pelo fato de ele abrigar o pleito pretendido pode induzir a erro imediato e causar embaraços de quem procura nele escudar-se. No caso em tela, a Resolução do Desenvolve nº 029/2007 (fl. 25) indica em seu artigo primeiro que o projeto de ampliação da empresa, ora autuada, está habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial sendo concedido benefícios nos incisos que se seguem, incluindo o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS. Contudo, alguns detalhes estão a rondar esta operação que escapa do abrigo puro e simples deste programa de fomento, devendo prioritariamente observar a legislação tributária da Bahia e, principalmente, o Regulamento do ICMS.

Reproduz Parecer exarado pela DITRI analisando os dispositivos do ICMS apontados em consulta dirigida por outro contribuinte, em situação similar.

Diz que a exigência da habilitação de diferimento prevista nas operações mencionadas no inciso XXV do artigo 286, do RICMS/BA é dispensada, conforme preceitua o art. 287, §1º, V, “d”, do RICMS-BA. Contudo, essa dispensa limita-se tão somente à exigência da habilitação, não exercendo assim o *longa manus*, pois no mesmo inciso XXV do artigo 286 do RICMS, independente da habilitação de diferimento, o dispositivo condiciona a fruição do benefício ao que está previsto nos parágrafos, treze, quatorze e quinze do mesmo artigo.

Por se tratar de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado para utilização no processo na ampliação da planta, afirma que a operação em comento está subordinada ao Art. 286, § 14, RICMS-BA. Entende que não haverá a exigência da habilitação de diferimento para esta operação, porém, todo o procedimento deve passar pelo crivo autorizativo do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, mediante critérios elencados no próprio parágrafo.

Para reforçar o entendimento da fiscalização, caso análogo, em recente decisão, a 4ª JF publicou o ACÓRDÃO JF Nº 0048-04/14. Informa que a mencionada decisão, que poderá ser comprovada em seu inteiro teor, traz a discordância do autuado sobre o dispositivo que condiciona o diferimento à aprovação do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Logicamente, o auto de infração foi julgado procedente em decisão unânime, e agora serve de embasamento para sustentar a argumentação da ação fiscal em apreciação. Também cita o ACÓRDÃO JF Nº 0028-03/15, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal e ACÓRDÃO JF Nº 0226-05/13 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Finaliza, afirmando que o cerne da autuação foi o não recolhimento do ICMS-Importação no momento do desembaraço aduaneiro, uma vez que o autuado não apresentou Certificado de Habilitação ao Diferimento do ICMS porque não está devidamente autorizado pela SEFAZ. Diz que restou, indubitavelmente, caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração sob análise.

VOTO

Inicialmente, observo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e

não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista dos elementos contidos no PAF, que são suficientes para as conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi identificada a existência dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, em razão da falta de recolhimento do referido imposto no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia, constando na descrição dos fatos, que o autuado efetuou a importação de um Conjunto de Instrumentos e Aparelhos (NCM 9031.49.90) para o projeto de ampliação da empresa, no valor de R\$1.518.433,66, conforme descrito na DI nº 14/1629140-9, registrada em 26/08/2014, tendo ocorrido o desembarço no mesmo dia, no Terminal Tecon, Porto de Salvador.

Também consta a informação de que o contribuinte utilizou tratamento tributário relativo ao benefício do diferimento, tendo como fundamento legal o Programa Desenvolve, Resolução nº 029/2007, retificada pela Resolução nº 172/2013, de 16/01/2014. Contudo, não foi apresentado o Certificado de Habilitação de Diferimento, documento necessário para fruição do mencionado benefício.

O defendente alegou que goza do benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações de bens destinados ao ativo fixo, nos termos da Resolução nº 172/2013, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, publicada no Diário Oficial de 16/01/2014. Disse que o limite da controvérsia gira em torno da obrigação de exibição prévia do Certificado de Habilitação no Programa para fins de fruição do benefício fiscal outorgado no âmbito do Programa DESENVOLVE. Entende que se deve exigir do contribuinte é sua habilitação perante o Conselho Deliberativo do Programa para que possa gozar do benefício, e não a exibição dessa habilitação.

Para melhor entendimento da questão a ser decidida, vale reproduzir os dispositivos da legislação pertinentes à matéria.

Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03/04/2002:

Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

a) nas operações de importação de bens do exterior;

b) nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;

c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;

§ 1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime, exceto em relação à hipótese prevista na alínea “c” do inciso I do caput deste artigo.

O RICMS-BA/2012 estabelece no seu art. 286:

Art. 286. *É diferido o lançamento do ICMS:*

XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;

...

§ 14. Para fruição do tratamento previsto no inciso XXV, o contribuinte deverá encaminhar pedido ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA para obter autorização prévia, com prazo determinado.

Nota: A redação atual do §14 do art. 286 foi dada pela Alteração nº 12 (Decreto nº 14.372, de 28/03/13, DOE de 29/03/13), mantida a redação de seus incisos, efeitos a partir de 29/03/13.

Redação originária, efeitos até 28/03/13: § 14º Para fruição do tratamento previsto no inciso XXV, o contribuinte deverá obter autorização prévia do inspetor fazendário, com prazo determinado, que somente será concedida se o contribuinte: (...).

Observo que em relação ao fato gerador do tributo deve prevalecer a legislação em vigor na data de sua ocorrência, nos termos do art. 144, caput, CTN.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Analisando as peças que compõem o presente processo, constato que foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210425.0020/14-9, em 28/08/2014 (fls. 05/06), tendo sido lavrado o respectivo Auto de Infração em 04/09/2014, referindo-se à DI 14/1629140-9, registrada em 26/08/2014. O desembaraço da mercadoria ocorreu no Porto de Salvador, com a chegada em 24/08/2014. A GUIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA SEM COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS – GLME encontra-se à fl. 18, com a informação de que o ICMS é diferido, conforme Resolução 029/2007, de 10/01/2007, retificado pela Resolução 172/2013, de 16/01/2014 – DESENVOLVE.

Tal fato confirma a tese apresentada pelo defendente de que, no mérito, o cerne da questão é a possibilidade de o estabelecimento autuado efetuar a importação de equipamento destinado a integrar o seu ativo permanente, amparado em diferimento do ICMS.

No caso em exame, vigorava por ocasião da ocorrência do fato gerador o Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, prevendo no § 1º do art. 2º, que “os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime”. Além disso, já estava em vigor a nova redação do art. 286, inciso XXV, §14, do RICMS-BA/2012, prevendo a necessidade de o contribuinte encaminhar pedido ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA para obter autorização prévia, com prazo determinado.

Constato que não ficou comprovado nos autos o encaminhamento de pedido e deferimento desse pedido junto ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA, nem habilitação junto à Secretaria da Fazenda e o correlato deferimento por parte da Autoridade Fazendária. Por isso, entendo que não há que se falar na espécie de substituição tributária pretendida pelo autuado.

Ou seja, Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, por si só não é capaz de dispensar o contribuinte do recolhimento do ICMS pela importação de bens para seu ativo fixo,

sendo necessária, a concessão de autorização prévia do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, concomitantemente, com habilitação a ser concedida pela Secretaria da Fazenda. Portanto, não há dúvida de que o contribuinte ao se tornar beneficiário de tal regime, se submete ao regramento específico imposto, ao realizar as suas operações.

Inexistindo comprovação de que foi obedecido pelo sujeito passivo o mencionado requisito, resta violada a regra contida no art. 332, IV RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido. Neste caso, caracterizada a ocorrência do fato gerador do imposto e não tendo sido realizado o recolhimento devido, não podem prosperar as alegações defensivas.

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

IV - até o momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem, nas importações do exterior e nas arrematações em leilões e nas aquisições em licitação promovidos pelo poder público, de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados;”

Em relação à multa exigida, o defendente alegou que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco. Requer a anulação da multa imposta, alegando falta de comprovação de flagrante intuito de fraude, ou, subsidiariamente, sua redução para 20%,

Observe que a aplicação da mencionada multa no percentual de 60%, é prevista na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso II, alínea “f”, para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Por fim, o autuado solicitou que as intimações referentes ao presente feito sejam realizadas em nome dos seus advogados. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observe que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº210425.0020/14-9**, lavrado contra **AMBEV S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$405.688,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA